CONTROL JUDICIAL DE TARIFAS DE ENERGÍA – UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

Publicado en *El Derecho, Derecho Administrativo*, ps. 703-708

Juan Bosch

El 16 de septiembre pasado la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el caso “CTG c. ENRE” dejando sin efecto la sentencia de la sala IV de la Cámara Contencioso Administrativo Federal¹ que había anulado el aumento tarifario concedido por el ENRE² a la Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión S.A. (en adelante Transener) para el período tarifario 1998-2003.

Los hechos eran los siguientes: en 1998, en el marco de la primera revisión quinquenal de tarifas de Transener, el ENRE incrementó sustancialmente dos conceptos que integran las tarifas de esa concesionaria: el “Cargo por Conexión” y el “Cargo por Capacidad de Transporte”. Con fundamento en que el Contrato de Concesión no permitía modificar estos cargos hasta diez años más tarde³, esta decisión se impugnó administrativa y judicialmente. En ese marco, sala IV de la Cámara Contencioso Administrativo Federal la dejó sin efecto y ordenó al ENRE volver a fijar las tarifas de Transener. Ante los recursos extraordinarios interpuestos por el ENRE y Transener, la Corte Suprema revocó la decisión de Cámara y dejó firme entonces, el cuadro tarifario aprobado en el ENRE.

I. EL DICTAMEN DEL PROCURADOR FISCAL

El Procurador Fiscal subrogante –luego de repasar los antecedentes, la sentencia atacada y las impugnaciones que sufriera– aconsejó a la Corte Suprema convalidar la decisión de Cámara. Sólo atendió su sugerencia la disidencia de los Ministros Lorenzetti y Highton de Nolasco.

Para llegar a tal conclusión, el Procurador Fiscal entendió, por un lado, que el debate no había devenido en abstracto ni inoficioso por la ley de emergencia 25.561 ya que se discutían los mayores ingresos de Transener en un período anterior al dictado de esa ley⁴ y, por el otro, que el ENRE no tenía facultades para modificar el Contrato de Concesión incrementando estos cargos tarifarios porque no se habían dado las circunstancias que lo habilitaban para ello⁵. Desechó también que la Cámara hubiera incurrido en arbitrariedad⁶.

---

¹ CNCAF, sala IV, 5 de diciembre de 2002, “Central Térmica Güemes S.A. c. ENRE”, expte. 43.378/99, publicada con nota del autor en *Derecho Administrativo*, ed. Lexis Nexis, 2003, ps. 897-929.

² Resolución ENRE 1650/1998, confirmada por resolución 660/1999 de la Secretaría de Energía.

³ Contrato de Concesión de Transener aprobado por decreto 2743/1992, Anexo II, artículo 25.

⁴ Dictamen del Procurador Fiscal, apartado III, cuarto párrafo.

⁵ Dictamen del Procurador Fiscal, apartado VI, párrafos décimo cuarto y décimo quinto.

II. LA DECISIÓN MAYORITARIA

La mayoría de la Corte formada por los Ministros Petracchi, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, más la ministro Argibay por su voto, disintieron con la opinión del Procurador Fiscal.

El razonamiento fue breve: el contrato de concesión de Transener está siendo renegociado, y en tal renegociación el Poder Ejecutivo no está obligado a considerar sólo los “costos, inversiones y restricciones futuras, sino que permite considerar la razonabilidad de las tarifas fijadas en el período inmediato precedente”⁷. La ministro Argibay omitió esa consideración, limitándose a sostener que “los procesos de renegociación no se hallarán condicionadas o limitadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los respectivos contratos de concesión”⁸.

III. BREVES COMENTARIOS

La decisión de la Corte Suprema podría analizarse desde distintos puntos de vista. Excluyendo cualquier valoración sobre el acierto o desacierto de la decisión concreta (la convalidación del incremento tarifario de Transener) se apuntarán muy brevemente algunos comentarios sobre otras cuestiones vinculadas a la sentencia. No se pretende agotar el análisis del caso con estos apuntes sino tan sólo contribuir al debate del tema.

A. La supuesta *delegación* del asunto en el proceso de renegociación

El voto mayoritario insinúa que la razonabilidad o justicia del incremento tarifario percibido por Transener entre julio de 1998 y enero de 2002 sería considerada en la renegociación del Contrato de Concesión, por lo que era inficioso que la Justicia lo estudie ahora.

Así, explicó la Corte que en este proceso “la redeterminación de las tarifas (uno de cuyos componentes son los cargos de conexión) no está ceñida con exclusividad al examen de los costos, inversiones, y restricciones futuras, sino que **permite considerar la razonabilidad de las tarifas fijadas en el período inmediato precedente** [...] y [el escrito de Transener y] la documentación agregada **son indicativas de que en la renegociación de las condiciones de la concesión, entre otros múltiples factores, se**

---

⁶ Dictamen del Procurador Fiscal, apartado VIII.

⁷ Voto de la mayoría, considerando tercero.

⁸ Voto de la Dra. Argibay, considerando tercero.

han tenido en cuenta los importes fijados en la resolución 1650 de 1998” (énfasis agregado)⁹.

Contrariamente a lo que se insinúa, el incremento de tarifas de Transener quedó convalidado en forma definitiva y final. Aún cuando se sostiene que en el proceso de renegociación se analizarían estos montos, lo cierto es que al menos hasta el momento eso no ha ocurrido, y a juzgar por los documentos firmados tampoco ocurrirá. Ello es así porque el ENRE y la Secretaría de Energía consideran que tal incremento fue justo y razonable¹⁰, por lo que no había nada percibido por Transener entre 1998 y 2002 por encima de lo razonable, que tuvieran que considerar en la renegociación. En los estudios e informes publicados por la UNIREN¹¹ sobre el caso Transener, no se hace una sola mención a sumas que habrían sido cobradas en *exceso* o cuya razonabilidad estuviera en duda¹². Sí menciona esta cuestión el Acta Acuerdo de Renegociación Contractual en su artículo 14.1.3. Pero no para analizar si las tarifas percibidas por aplicación de la resolución ENRE 1650/1998 han sido justas y razonables, sino únicamente para verificar si Transener ha debido efectuar inversiones distintas a las previstas para mantener la calidad del servicio, que no estén remuneradas y deban serlo.

Es decir que no habrá otro control de razonabilidad de aquellos ingresos adicionales. El ámbito para hacerlo era la sede judicial y este expediente. La Cámara había realizado un control y anulado las tarifas cuestionadas (más allá de si era atinada o no su decisión). La Corte anuló tal control argumentando que otro lo haría (cosa que probablemente no ocurrirá) y omitió hacer su propio análisis del tema de fondo.

B. La consideración de tarifas vigentes en períodos anteriores a 2002 y la irretroactividad de las tarifas

“la ley 25.790 [...] permite [en el proceso de renegociación] considerar la razonabilidad de las tarifas fijadas en el período inmediato precedente”.

Esta es probablemente la afirmación más llamativa de la mayoría de la Corte. Afirmación que la Dra. Argibay deliberadamente omitió.

La ley 25.790 no dice ni da a entender lo que la Corte afirma. La Corte con su interpretación parece ampliar las facultades del Poder Ejecutivo en este proceso de renegociación. Ya la renegociación contractual ha sido delegada con mucha amplitud en el Poder Ejecutivo, por plazos extensísimos que probablemente seguirán prorrogándose. Ya se ha verificado que el Congreso Nacional no realiza el control que le corresponde sino que

---

⁹ Voto de la mayoría, considerando tercero.

¹⁰ Cfr. resolución ENRE 1650/1998 y resolución SE 660/1999.

¹¹ Unidad de Renegociación de Contratos Públicos creada por el decreto 311/2003.

¹² Ver en Internet: http://www.uniren.gov.ar/energia_electrica/inf_cumplim_contratos_elect.pdf.

las renegociaciones en su mayoría se aprueban tácitamente –de hecho, el Acta Acuerdo de Transener se aprobó en forma ficta¹³–. Agregar mayor margen de discrecionalidad para revisar períodos anteriores a la emergencia no parece la solución que aporte mayor seguridad jurídica.

Adicionalmente esta afirmación choca con el principio de irretroactividad de las tarifas. Este principio general del derecho receptado en el art. 3° del Código Civil –que al amparo de una emergencia decretada un lustro atrás está bastante dejado de lado en nuestros días– es también aplicable a las tarifas de servicios públicos¹⁴ y obsta a que se aprueben tarifas con efecto retroactivo: toda fijación de tarifas debería tener efectos “ex nunc”¹⁵. Los nuevos valores tarifarios se establecen con el fin de remunerar servicios futuros y no pueden ser aplicados a servicios ya prestados, los cuales deberán pagarse al valor vigente al momento de su prestación. De lo contrario, se violaría la garantía de inviolabilidad de la propiedad¹⁶. Este principio general no puede, se ha dicho, ser afectados por normas positivas que supriman su esencia¹⁷ porque se privaría a los usuarios o al concesionario, según el caso, de un derecho adquirido a pagar o cobrar prestaciones ya efectuadas e incorporadas definitivamente a su patrimonio¹⁸.

La afirmación de la mayoría de la Corte no parece contribuir a afianzar estos principios o interpretaciones. En momentos en que la regulación de servicios públicos en general, y el eléctrico en particular es afectada por un sinnúmero de normas, muchas de ellas con alcances retroactivos, hubiera sido de esperar alguna señal, al menos a modo de *obiter*, radicalmente distinta de la que quedó finalmente reflejada.

C. La revisión de períodos anteriores a la emergencia y la seguridad jurídica

Similar problema causa la afirmación de la Corte de cara a la seguridad jurídica, que involucra criterios o principios tales como la confianza legítima y la prohibición de volverse contra los propios actos.

Muy sintéticamente, podría decirse que la seguridad jurídica en un país se mide, entre otras cosas, por el marco de previsibilidad de las conductas del Estado. Desde un punto de

---

¹³ Ver párrafos 23 y 24 del decreto 1462/2005

¹⁴ JUAN CARLOS CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, ed. Abeledo Perrot, sexta edición actualizada, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 443.

¹⁵ ROBERTO DROMI; *Derecho administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 540.

¹⁶ CASSAGNE, cit., t. II, p. 445.

¹⁷ CASSAGNE, cit., t. II, p. 444. Reafirma esta postura asegurando que “los principios de proporcionalidad e irretroactividad tienen mayor jerarquía que las normas positivas ya que aún cuando pudieran ser objeto e delimitación legislativa o reglamentaria, no se pueden degradar, suprimir ni transformar en su esencia y sentido” (cfr. autor y obra citados, nota al pie número 73 en página 444).

¹⁸ CASSAGNE, *Derecho administrativo*, cit., tomo II, página 445

vista estático habrá seguridad jurídica en tanto exista el imperio de la ley, la división de poderes y, sobre todo, siempre que los contratos sean respetados y no puedan ser violados impunemente. Y la habrá en sentido dinámico, cuando los agentes públicos actúen en defensa del interés público lo hagan sin alterar los derechos adquiridos de los particulares¹⁹. La seguridad jurídica permite a hombres y empresas “organizar su vida sobre la fe en el orden jurídico existente, con dos elementos básicos: a) previsibilidad de las conductas propias y ajenas y de sus efectos; b) protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones del orden jurídico”²⁰. La insinuación de la Corte Suprema de que *períodos anteriores* a la ley de emergencia podrían ser revisados ahora en su razonabilidad, no contribuye mayormente a esta seguridad jurídica.

Se vincula también con la seguridad jurídica el principio esencial de buena fe, sobre el cual la Corte Suprema ha dicho que “una de las derivaciones del principio de buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean estos los particulares o el propio Estado”²¹. La falta de respecto a estos principios, el alterar derechos económicos o fijar reglas con criterios de irretroactividad, contradictorios con normas o contratos anteriores, impacta de lleno en el servicio público afectado. Más de setenta años atrás decía la Corte Suprema:

“[E]sta Corte ha declarado que los derechos emergentes de una concesión ... de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfono...) se encuentran tan protegidas por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio. Y no puede ser de otro modo. La realización de los grandes fines de bienestar y progreso material de una ciudad por el concurso de los capitales privados no sería factible si el contenido de las concesiones mediante las cuales aquellos pueden lograrse, debiera quedar librado al juicio o al arbitrio subsiguientes de las personas en cuyo beneficio se ha querido precisamente organizar el servicio público de que se trata²².

Precisamente, por esa necesidad de fijar reglas objetivas y razonables, es desalentadora la forma en que se analizó y resolvió esta cuestión. Antes de la ley 25.561 existían reglas claras y concretar a cumplir, y susceptibles de ser controladas por la Justicia. Ello no implica afirmar que la decisión regulatoria del ENRE debía ser necesariamente anulada, porque si se habían registrado circunstancias que ameritaran modificar el régimen

---

¹⁹ CASSAGNE, “La seguridad jurídica en las provincias”, *La Ley*, 2001-F, ps 1109 y ss.

²⁰ GERMÁN BIDART CAMPOS, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, ed. Ediar, p. 398.

²¹ Fallos 316:3138 (1993), “Martinelli” (voto de los ministros Petracchi y Moliné O’Connor).

²² Fallos 158: 268 (1930) “Gregorio Gutiérrez c/ CHADE”.

tarifario lo adecuado era ajustarlo²³. Lo que se afirma es que había una obligación de control por parte de los tribunales, control que la Corte omitió hacer, además de anular el control que su inferior había realizado. En otras ocasiones decía la Corte Suprema con criterios aplicables a estos problemas, que aún tratándose de facultades discrecionales de la Administración Pública no se justificaban las conductas arbitrarias que frustren expectativas razonables de los administrados²⁴, conductas que la Justicia estaba llamada a revisar y, eventualmente anular.

Podría analizarse con buenos fundamentos si las tarifas desde enero de 2002 a la fecha, en virtud de los actos públicos y normas concretas que reconocen la insuficiencia, precariedad y provisionalidad de tales tarifas, no han constituido tarifas firmes y por ende podrían ser revisadas con efecto retroactivo. Tarea ésta pendiente desde hace cinco años. Pero de allí a afirmar que la justicia y razonabilidad de tarifas fijadas por actos firmes previos a la ley 25.561 vayan a revisarse ahora en su justicia y razonabilidad en sede administrativa, hay una distancia importante. En fin, la afirmación de la Corte aquí analizada –no contenida en la ley 25.790– tampoco agrega seguridad jurídica sino todo lo contrario.

IV. EL PROCESO DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL

Sin entrar en detalles, es importante para justificar la conclusión que se expone más adelante recordar rápidamente el estado de la renegociación contractual con especial referencia al caso concreto en análisis.

Luego de la sanción de la ley 25.561 se puso en marcha el proceso de renegociación contractual que debía durar unos 120 días a partir de febrero de 2002²⁵. Tras diversas prórrogas este plazo expiraría en diciembre 2006²⁶ aunque parece imposible que no haya nuevas prórrogas dada la gran cantidad de contratos sin renegociar.

En particular en el sector eléctrico, de los once contratos de concesión cuya renegociación se inició en 2002, sólo se logró ratificar acuerdos con cuatro concesionarios²⁷. Aun en estos casos, lo cierto es que el proceso de renegociación no está terminado con ese

---

²³ Fallos 321:1784 (1998) “Maruba”.

²⁴ Fallos 298:223 (1975) “Industria Maderera Lanín S.R.L. c/ Nación Argentina”.

²⁵ Decreto 293/2002.

²⁶ Inicialmente se prorrogó por 120 días Decreto 1389/2002 y luego por 60 días adicionales por resolución MECON 62/2003. Luego la ley 25.790 extendió el plazo hasta el 31 de diciembre de 2004, la ley 25.972 hasta igual fecha de 2005 y la ley 26.077 hasta diciembre de 2006. Sobre el tema, ver del autor “La renegociación de los contratos públicos y los conflictos con inversores extranjeros”, *El Derecho*, 203:967.

²⁷ Los acuerdos celebrados son los de las empresas Transener, Transba S.A. (de propiedad de Transener), Distrocuyo S.A. y Edelap. Quedan pendientes de renegociación Edenor S.A., Edesur S.A., EPEN, Transco S.A., Transnea S.A., Transoa S.A. y Transpa S.A.

Acta Acuerdo, sino que más bien recién comenzó en ese momento a analizarse la cuestión tarifaria de fondo. En todos los casos, se otorgaron aumentos tarifarios provisorios y a cuenta del resultado de una revisión tarifaria integral que debía realizarse de allí en más. Revisión tarifaria integral que en muchos casos no está siendo cumplida en los tiempos comprometidos. Y aún si se cerraran en forma definitiva estos acuerdos, otro punto no desdeñable es que, por haberse concretado luego de tantas demoras, no eximen al Estado del riesgo de tener que indemnizar a los inversores originales de tales empresas²⁸ riesgo que también existe en el caso Transener²⁹.

En el caso concreto de Transener, luego de algunos intentos de aumentos tarifarios transitorios que quedaron truncos³⁰, se logró cerrar en el año 2005 un acuerdo que prevé un período de transición durante el cual regía un régimen tarifario (con aumentos) y un régimen de calidad (más laxo) provisorio³¹. En ese plazo el ENRE debía realizar una revisión tarifaria integral cuyos resultados debían estar listos en diciembre 2005 y aplicándose en febrero de 2006 en el caso de Transener³². Pese a ello, la revisión tarifaria continúa sin cerrarse a la fecha ya que el ENRE recientemente prorrogó las tarifas y obligaciones de transición (fijadas en el Acta Acuerdo y complementadas por resolución ENRE 908/2005) desde febrero de 2006 “hasta que concluya el proceso de Revisión Tarifaria Integral”³³.

Muy sintéticamente, ese es el estado del proceso de renegociación general, del sector eléctrico en particular y específicamente de Transener. A cinco años del inicio de este

---

²⁸ Recién en 2005 se lograron avances en la renegociación. Antes de ello varios inversores extranjeros titulares de las empresas prestatarias de servicios públicos energéticos, demandaron a la Argentina ante tribunales internacionales por la pérdida de valor de sus inversiones en el país causada por la quiebra de los contratos y su falta de renegociación oportuna. Hace pocas semanas, un tribunal del CIADI en laudo aún no publicado decidió que la emergencia sólo eximiría de responsabilidad a la Argentina hasta abril de 2003, pero la falta de respeto por las inversiones a partir de esa fecha es injustificada.

²⁹ Aunque el Acta Acuerdo prevé que Transener y sus accionistas renuncian a reclamo alguno contra el Estado por los efectos de la ley 25.561, lo cierto es que las demoras en esta renegociación dieron lugar a que los accionistas de Transener (National Grid) que sufrieron el impacto de tal ley vendieron las acciones en la controlante Citelec S.A. a Dolphin Fund Management S.A. y Petrobras S.A. antes de renegociar y demandaron ante tribunales internacionales a la Argentina por la afectación de sus inversiones antes de la firma del Acta Acuerdo. Respecto de este punto, el Acta Acuerdo sólo prevé la obligación de Transener y sus nuevos accionistas de “prestar declaraciones” para dar fe que la renegociación está terminada satisfactoriamente para sus intereses (cláusula 21.3.3 del Acta Acuerdo).

³⁰ Los aumentos provisorios autorizados por los decretos 120/2003 y 146/2003 fueron suspendidos por órdenes judiciales “Unión de Usuarios y Consumidores c. Estado Nacional” y “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional” ambas del 4 de marzo de 2003.

³¹ El decreto 1462/2005 aprobó el Acta Acuerdo celebrada con Transener.

³² Anexo I del decreto 1462/2005 en las definiciones de Período de Transición Contractual, Régimen Tarifario de Transición y Revisión Tarifaria Integral.

³³ Resolución ENRE 426/2006, art. 1º.

proceso no se ha una logrado solución definitiva en materia de tarifas en ninguna de las concesiones eléctricas otorgadas por el Estado Nacional.

V. CONCLUSIÓN

La Corte Suprema perdió una interesante oportunidad de adentrarse en el análisis de la cuestión de las tarifas y su control judicial para, cualquiera sea la decisión final que adoptara (es decir, convalidando las tarifas aprobadas por el ENRE como lo hizo, o convalidando el control judicial realizado por la Cámara) sentar un precedente que arrojara un poco de luz en la materia³⁴.

Podría haber sido de mayor utilidad que la Corte Suprema diera alguna señal clara respecto de la necesidad de respetar ciertos principios elementales del derecho en materia de regulación de servicios públicos. La peculiar situación que empresas y usuarios viven en esta materia parecía terreno apropiado para ello.

Próximamente se cumplirán cinco años de la ley 25.561 que impactara de lleno en la gran mayoría de los contratos de servicios públicos de energía (transporte y distribución de gas y electricidad); la renegociación iniciada en enero 2002 no parece que vaya a terminar pronto, y entre tanto, sufren la falta de claridad las empresas, los usuarios y el servicio que se deteriora día a día (y con ello, los usuarios futuros). El sector energético en general y eléctrico en particular, transitan una situación preocupante. Como siempre sucede cuando estas crisis se avecinan, la cuestión de la energía en Argentina ocupa relevante espacio de los periódicos nacionales y extranjeros reiterada e intensamente. Se han dictado infinidad de normas, todas ellas transitorias y de emergencia, muchas de ellas con carácter retroactivo. No ha cerrado en forma definitiva ninguna licencia o concesión y se prevé que pasará el primer lustro de renegociación sin que ello ocurra, ya que la ley 25.561, al menos en estos aspectos, probablemente volverá a prorrogarse.

Entre tanto, no hay señales de la Corte Suprema sobre cuál es su visión o posición respecto de esta realidad³⁵. En este marco, no parece exagerado concluir que la Corte Suprema ha perdido una interesante posibilidad de sentar o reafirmar criterios precisos en

---

³⁴ Hace algunos años la Corte Suprema claramente había reconocido la potestad de control que compete a los tribunales, que no llega, naturalmente a inmiscuirse en la potestad fijar tarifas, sino sólo a verificar que sean justas, razonables y proporcionales (Fallos 322:3008 (1999) “Fernandez v. PEN”).

³⁵ Es revelador que el Procurador Fiscal haya tenido que acudir a una sentencia del año 1998 para referirse a la naturaleza y caracteres de las tarifas: en el apartado VI, párrafo décimo octavo cita al conocido caso “Maruba” registrado en Fallos 321:1784. Hace pocas semanas se resolvió el caso “TGN v. ENARGAS”, sentencia del 29 de agosto de 2006, en que la Corte (remitiendo al dictamen del Procurador Fiscal) controló con mayor fundamento los derechos y obligaciones de los prestadores de servicios públicos, esa vez respecto de la posibilidad de trasladar a tarifas mayores cargas tributarias que las existentes al momento de otorgarse la concesión.

materia de tarifas de servicios públicos, y sobre todo, de control judicial de tarifas de servicio público en general, y de energía en particular.

Independientemente de la decisión en el caso concreto (avalar un incremento tarifario pre emergencia) lo único que se dijo sobre la renegociación tendió a ampliar más aún las facultades del Poder Ejecutivo e incorporar nuevas dudas sobre los derechos de prestadores y usuarios, incluso respecto de períodos no sujetos a revisión. No brindó pauta alguna sobre su visión del problema tarifario, ni el concreto que se debatía ni el más general que está pendiente de solución en todo el sector. Se ha perdido una buena oportunidad de arrojar luz en esta materia de tarifas de energía y su control judicial, y los derechos y obligaciones de usuarios y prestadores.